

Súmulas vinculantes e independência judicial

LUIZ FLÁVIO GOMES
Juiz de Direito - SP

"Em nenhuma parte pode-se observar melhor essa calada e poderosa necessidade conformista, que aniquila sigilosamente a independência, como na - inexistente "de iure" - vinculação do precedente judicial dos tribunais menores às sentenças dos tribunais superiores" (Dieter Simon, "La independencia del juez", trad. de Carlos Ximenez-Carrillo, Ariel, Barcelona, 1985, pág. 30).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Súmula vinculante: as propostas legislativas em curso; 3. Por que recusar as súmulas vinculantes? 4. Esboço de uma proposta conciliatória; 5. Conclusões.

1 - Introdução

O Brasil, certamente, não constitui um bom exemplo de respeito à independência judicial. Nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, com efeito, existiam os famosos "assentos", que consistiam na orientação interpretativa das "Casas de Suplicação", de caráter vinculante para todos os juizes inferiores. Pela Carta do Império, o juiz ficou proibido de interpretar as leis. Meio século depois, no entanto, o Supremo Tribunal do Império reconquistou o direito de emitir "assentos"⁽¹⁾. Em 1896, o então governador do Rio Grande do Sul, Júlio de Castilhos, mandou processar e condenar um juiz porque declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual. Nos eclipses democráticos (Estado Novo, Revoluções etc.) alguns juizes foram cassados e praticamente todos foram amordaçados. No anteprojeto de Código de Processo Civil, de Alfredo Buzaid, em pleno regime militar autoritário, tentou-se introduzir no ordenamento jurídico brasileiro (Republicano) mais um tipo de "jurisprudência vinculante". No âmbito da Justiça do Trabalho já havia, sob

(1) V. Dinio de Santis GARCIA RT 734 pág. 42

inspiração dos "assentos portugueses", os "prejulgados", depois julgados inconstitucionais. Em 1991, por iniciativa do Governo (que engendrou o famoso "emendão"), a idéia voltou a ganhar força. Transformou-se, em seguida, em proposta legislativa concreta na (malograda) Revisão Constitucional de 1993 (art. 98).

No Substitutivo à proposta de Emenda à Constituição nº 96, de 1992, que hoje constitui o Projeto de Reforma do Judiciário, apresentado pelo Deputado Jairo Carneiro, Relator do assunto, e lido em junho e agosto de 1996, com alguns retoques, ressurgiu a tese das "súmulas vinculantes" (outra vez art. 98), porém, agora, não se esconde o firme propósito de assegurar a efetiva sujeição do juiz inferior, prevendo-se inclusive crime de responsabilidade para o "agente político" e perda do cargo para o agente da administração que venha a descumprir o efeito vinculante da súmula. "Isso é grave", afirmou corajosa e magistralmente o Min. Celso de Mello, "um juiz não pode decidir sob ameaça"⁽²⁾.

Depois de mais de um século de regime republicano, que outorgou ao Poder Judiciário e aos juizes brasileiros um "status" antes nunca alcançado, sobretudo porque nossa primeira Constituição republicana (1981) acabou sendo influenciada pelo constitucionalismo norte-americano, de onde veio, por obra do grande "Justice" Marshall, a descentralizada e democrática "judicial review" (possibilidade de qualquer juiz de controlar a constitucionalidade das leis),⁽³⁾ ressurgiu, sob inspiração nitidamente centralizadora, o propósito de atrelar (sob pena de crime de responsabilidade, urge enfatizar) os juizes inferiores a uma determinada interpretação do texto legal, dada por juizes superiores.

Isso comprova uma das teses defendidas por Theodore Zeldin:⁽⁴⁾ a despeito dos novos anseios proclamados pelo homem moderno, em virtude das "memórias da humanidade", "muito do que fazem as pessoas hoje é governado por velhas maneiras de pensar".⁽⁵⁾ Reinvidicar a bandeira da súmula vinculante hodiernamente significa tentar retroagir o pensamento jurídico do século XXI (do terceiro milênio, enfim) ao das Ordenações Manuelinas e Filipinas (sécs. XV e XVI), que previam os famosos "assentos" emitidos pelas Cortes Superiores (Casas de Suplicação), com finalidade de dar "interpretação autêntica às leis", quando houvesse divergência. Os magistrados de instâncias inferiores, em consequência, "quando do julgamento de casos futuros análogos, deveriam adstringir-se ao entendimento da lei, tal como fora registrado no chamado Livro da Relação em que se inscreviam os assentos"⁽⁶⁾. Como se percebe, faz parte da nossa "memória histórica" um tipo de hierarquia/subserviência interpretativa da lei, imposta de "cima para baixo" (da "alta justiça" para a "baixa justiça", como diriam os ingleses).

Mas quem insistentemente (como nós) discorda do controle externo, exatamente para que a jurisdição seja exercida com liberdade e independência,⁽⁷⁾ de modo algum pode agora aceitar o "controle interno", que é qualitativamente muito pior, porque controla a "decisão" do juiz. Seria um paradoxo rebater o controle externo e admitir o interno. A fundamentação para repelir ambos é a mesma. Haveria um "abastardamento da função jurisdicional", um atentado inqualificável contra a independência judicial, caso se casasse o juiz na sua função de julgar livremente a causa, submetendo-se exclusivamente à lei e à Constituição. O juiz "eunuco político" de Griffith seria transformado num "eunuco sumular". Teria uma espada de Dâmocles direcionada para seu pescoço.

(2) V. O Estado de S. Paulo de 2.2.97, pág. A12.

(3) V. a propósito Barnard SCHWARTZ "Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana". Civitas Madrid 1990 pág. 21 e segs.

(4) Uma história íntima da humanidade, trad. de Hélio Pólora, Record RJ 1996, pág. 21.

(5) Já que não é possível mudar mentalidade por decreto, o remédio, diz ZELDIN, "é expandir as memórias de uma pessoa expandindo seus horizontes; quando tal acontece, há menor probabilidade de que essa pessoa continue a tocar as mesmas melodias antigas, para todo o sempre, e repita os mesmos erros" (op. cit. pág. 21).

(6) V. Christianne BOULOS, "A força vinculante da jurisprudência e o papel do juiz do Direito brasileiro" em "Direito e Perspectivas Jurídicas" FAPESP - Faculdade de Direito da USP nº 1 1996 pág. 298. V. ainda Arminio J. da Rosa, Jornal da Ajuris RS, pág. 13.

(7) V. nosso O controle externo do Poder Judiciário RT SP 1993.

Em termos de direito comparado, alguns sustentam que a fonte de inspiração da súmula vinculante seria o sistema jurídico norte-americano do *stare decisis* (vinculação à regra do precedente ou *rule of precedent*)⁽⁸⁾ Como veremos mais adiante, no entanto, nem sequer nos Estados Unidos, cujo direito é formado basicamente pelo precedente (daí a imperiosa necessidade de sua observância, por ser o referencial que conduz à solução do litígio), diante da predominância de normas não escritas (*common law*), exigem-se do juiz inferior a subordinação e a obediência, típicas de regimes verticalizados e ditatoriais, que estão contempladas nas propostas legislativas em andamento. No ordenamento jurídico norte-americano não se fala em "crime de responsabilidade" e, ademais, em muitas hipóteses, o juiz tem total liberdade de se distanciar do precedente, sobretudo quando altera as relações sociais e culturais.

O sistema do *stare decisis*, destarte, pode ser a fonte remota de inspiração do "direito desenhado" (e que será objeto de discussão dos senhores congressistas) A fonte mais imediata, direta, entretanto, tal como foram delineadas as propostas legislativas, deve ser buscada em ordenamentos jurídicos "fechados", centralizados, sistemas "orwellianos", contatados pelo "Grande Irmão", como é o caso, *ad exemplum*, da Constituição cubana, em cujo art. 121 se prevê que o "Tribunal Supremo Popular, a través de su Consejo de Gobierno, toma decisiones y dicta normas de obligado cumplimiento por todos los tribunales, y, sobre la base de la experiencia de éstos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley". Ao lado da Constituição cubana, podem ainda ser lembradas as diretivas expedidas pelo Tribunal Supremo da antiga União Soviética.

A simples constatação de que a tese proposta (súmula vinculante) não encontra nada semelhante em países avançados, com relativa estabilidade democrática e que seguem a *civil law* (família romano-germânica), desde logo, deve ser motivo para nos chamar a atenção. De outra parte, súmula vinculante é sinônimo de *ancien régime* (Ordenações) ou "regimes socialistas reais" (ambos definitivamente desaparecidos) Impõe-se, por isso, tratar desse assunto com muita cautela, pois, do contrário, correremos o risco de criar algo que pode expor o Brasil, perante outras nações, a um patamar inusitado de excentricidade. Nenhum país do nosso entorno cultural, embora contem com judiciários empírico-primitivos,⁽⁹⁾ contempla algo parecido.

Pela quantidade de publicações a respeito do tema, que é impressionante, é certo que entre nós estabeleceu-se em torno dele um grande debate.⁽¹⁰⁾ A se considerar que é do intercâmbio de idéias que nasce a luz, certamente é de incomensurável interesse con-

(8) V. Carlos VELLOSO, Folha de S. Paulo de 7.3.95, pág. 1-3.

(9) V. Eugenio Raul ZAFFARONI, Poder Judiciário, trad. de Juarez Tavares, RT, SP, págs. 119 e segs.

(10) São favoráveis à súmula vinculante: Carlos VELLOSO, Folha de S. Paulo, dia 7.3.95, pág. 1-3; Nelson JOBIM, Folha de S. Paulo, 15.2.95, pág. 1-3; José Renato NALINI, "Proposta concreta para um novo Judiciário" em LEX-Jurisprudência do STF, v. 208, págs. 5 e segs.; Christianne BOULOS "A força vinculante da jurisprudência", cit. págs. 285 e segs.; Wagner GONÇALVES, Folha de S. Paulo, 25.2.95, pág. 1-3; Carlos Aurélio Mota de SOUZA, "Súmulas vinculantes em pauta", artigo inédito; Fernando da Costa TOURINHO NETO, Correio Braziliense, 18.12.95, Ano V - nº 218; Editorial de O Globo, RJ, 23.2.96, pág. 6; Carlos E. Thompson Flores LENZ, Zero Hora, Porto Alegre-RS, 4.4.96, pág. 19; Luiz Guilherme MARINONI, Gazeta do Povo, Curitiba-PR, 22.6.96, pág. 6; Severino ARAÇÃO, Correio Braziliense, DF, 23.9.96, pág. 7; Geraldo BRINDEIRO, Correio Braziliense, DF, 3.4.95, pág. 1; Editorial da Folha de S. Paulo, 23.9.95, pág. 1,2 (que se apóia em idéia lançada pelo jurista Saulo RAMOS); Luiz Filipe RIBEIRO COELHO, Correio Braziliense, DF, 7.8.95, Ano IV - nº 212, pág. 1 São favoráveis, em termos, à súmula vinculante: Arnaldo WALD e Ives Gandra MARTINS, O Estado de S. Paulo, 15.4.96, pág. A2; Eduardo Vandré Oliveira Lema GARCIA, Folha de S. Paulo, 16.12.95, pág. 3,2; Ellen Gracie NORTHFLEET, Correio Braziliense, DF, 29.4.96, pág. 1; Celso Ribeiro BASTOS, O Estado de S. Paulo, 29.11.96, pág. A2; Edgard Silveira BUENO FILHO, Correio Braziliense, DF, 1.5.95, pág. 4; Marcos Moura FERREIRA, Correio Braziliense, DF, 4.9.95, pág. 4. São contrários à súmula vinculante: Lenio Luiz STRECK "Súmulas no Direito brasileiro", Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995; Guido Antônio ANDRADE, Folha de S. Paulo, 25.2.95, pág. 1-3; Lenio Luiz STRECK, Jornal Zero Hora, 19.7.95; Nelson Antônio Celani CARVALHAL, O Globo, RJ, 23.2.96, pág. 6; José Wilson FERREIRA SOBRINHO, Repertório IOB Jurisprudência, SP, 1ª quinzena de março de 96, nº 5/96; Roy Reis FRIEDE, Tribuna da Imprensa, RJ, 18.3.96, pág. 4; Luiz Cláudio Amerise SPOLIDORO, Tribuna da Magistratura, SP, pág. 8; Clito FERNACIARI JUNIOR, Notícias Forenses, SP, 2.96, pág. 41; Carlos André MAGALHÃES, Correio Braziliense, DF, 29.7.96, pág. 2; Evandro Lins e SILVA, Jornal do Brasil, RJ, 16.9.96, pág. 9; Margarida Maria Lacombe CAMARGO, Jornal do Brasil, RJ, 12.9.96, pág. 11; Urbano RUIZ, O Estado de S. Paulo, 20.9.96, pág. A2; Carmine Antônio SAVINO FILHO, Revista Literária de Direito, SP, set/out/96, pág.

siderar as várias posturas, particularmente porque são ideologicamente pluralistas. Detrás de toda essa celeuma podem ser vislumbrados interesses outros, escusos, de subordinação propositada da Magistratura brasileira ao império de alguns grupos. Mas, em geral, o que se nota é sinceridade e inabalável fé numa crença que pode ser infundada, mas que neste momento constitui uma esperança de solução para um dos mais agudos problemas das instâncias superiores do Judiciário brasileiro, que é o abarrotamento de processos "repetitivos". É um problema, de resto, que também está presente em vários Tribunais inferiores, assim como em muitos juízos de primeiro grau.

Nos últimos tempos, uma das vozes mais importantes em favor da "súmula vinculante" é a do Ministro Sepúlveda Pertence, então no exercício da Presidência do Colendo Supremo Tribunal Federal,⁽¹¹⁾ que tem proclamado: sem tais súmulas não há solução para o acúmulo de processos; o Poder Público, com recursos repetitivos, é o grande responsável pela exagerada quantidade de recursos nos Tribunais Superiores; quase 90% dos processos são reiterativos; é inadmissível não contarmos imediatamente com o efeito vinculante, etc. Ninguém jamais, com certeza, colocará em dúvida a sinceridade do Min. Pertence, que tem revelado acentuada preocupação com a chamada "crise dos Tribunais Superiores" ou "crise dos recursos extraordinários" (que, diga-se de passagem, é apenas um dos aspectos da grande "crise do Poder Judiciário").⁽¹²⁾ Até mesmo a Associação dos Magistrados Brasileiros, embora ressaltando a independência do juiz, acabou emprestando seu apoio à tese,⁽¹³⁾ desde que excluída a hipótese de qualquer sanção ou de crime de responsabilidade para o agente político que a descumprir.⁽¹⁴⁾ Deseja-se preservar a independência do juiz, mas ao mesmo tempo conferir "maior velocidade e, portanto, maior racionalização ao Poder Judiciário".⁽¹⁵⁾

A inarredável aporia dessa posição deriva de uma pesquisa sobre o "perfil do magistrado brasileiro", cujo resultado, no que interessa neste momento, foi o seguinte: 66,6% dos magistrados afirmaram que a súmula vinculante afeta a independência do juiz em sua interpretação das leis e em sua aplicação; 65,23%, no entanto, entenderam que ela "garante mais velocidade e, portanto, maior racionalização do Judiciário".⁽¹⁶⁾ Na verdade, independência judicial e súmula vinculante são inconciliáveis. Uma afasta a outra. São termos aporéticos. Urge a descoberta de alguma solução diferente para o problema dos Tribunais, sem que se tenha que pagar um preço inusitado (qual seja, o fim da independência dos juizes).

A rebelião ou revolta ou irrisignação dos juizes contra a súmula vinculante não pode, segundo um equivocado ponto de vista, ser encarada como manutenção de algum privilégio, defesa de direitos pessoais, corporativismo, "ativismo judicial" que só desagrada a Justiça, relutância infundada ou uma "tola discussão sobre a liberdade hermenêutica e decisória do juiz".⁽¹⁷⁾ Essa é uma visão incorreta da independência judicial, que existe

32; Leon Frejda SZKLAROWSKY, Revista Literária de Direito, SP, set/out/96, pág. 33; Dalmo de Abreu DALLARI, O Estado de S. Paulo, 19.11.96, pág. A2; Antônio Soares CARNEIRO, Gazeta Justiça e Trabalho, DF, nov/96, pág. 8; Ives Gandra da Silva MARTINS, Jornal da Tarde, SP, 31.3.95, pág. 2; F. A. de Miranda ROSA, Correio Braziliense, DF, 10.3.95, pág. 2; Editorial da AASP, 5/95, pág. 4; Antônio Carlos VILLEN, Tribuna da Magistratura, SP, jun/jul/95, pág. 3; Ricardo LEWANDOWSKI, Tribuna de Direito, SP, 8/95, pág. 16; MANGE, Tribuna de Direito, SP, 8/95, pág. 17; APPROBATO, Tribuna de Direito, SP, 8/95, pág. 17; Ricardo LEWANDOWSKI, Tribuna da Magistratura, SP, pág. 3; Josemar DANTAS, Correio Braziliense, 20.3.95, pág. 2; Sidnei Agostinho BENETTI, Tribuna da Magistratura, SP, pág. 19; Antônio Carlos VILLEN, Boletim dos Juizes para a Democracia, jul/95, SP, nº 5; Antônio Celso Aguiar CORTEZ, Folha de S. Paulo, 24.3.94, pág. 3,2; Arminio José A. L. ROSA, Jornal Ajuris, RS, pág. 13.

(11) V. O Estado de S. Paulo de 2.7.96, pág. A7; de 25.12.96, pág. A6; de 4.1.97, pág. A4; de 7.1.97, pág. A7.

(12) "A crise da justiça", diz Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR ("La independencia de los jueces" em CLAVES de Razón Práctica, nº 51, Madrid, abril/95, pág. 11) é um dos nomes com que se revela esse problema que na verdade é a soma de muitos problemas. Aliás, os problemas da justiça são desde logo infinitos (pág. 10).

(13) V. Jornal da AMAJME, set/out/96, pág. 1. V. ainda: O Estado de S. Paulo de 7.9.96, pág. A6.

(14) Com inteira razão, a Associação Juizes para a Democracia pela voz do seu Presidente Urbano Ruiz estranhou esse apoio: v. O Estado de S. Paulo, de 20.9.96, pág. A2.

(15) V. Antônio F. GUIMARÃES, em Jornal do Magistrado de dez/96, pág. 12.

(16) V. Jornal do Magistrado AMB, dez/96, pág. 12.

(17) V. O Estado de S. Paulo de 30.12.96, pág. A3; V. ainda: O Estado de S. Paulo de 15.9.96, pág. A3 e de 6.1.97, pág. A3.

para a garantia do próprio Estado Constitucional e Democrático de Direito. Urge compreender que é da essência da independência da função de julgar (que é expressão da soberania estatal) a possibilidade de interpretar o texto jurídico imaginado para a solução do caso concreto. Retirada essa autonomia do juiz (que decide em nome do Estado e é expressão de uma parcela do seu Poder), subordinando-o ao mesmo tempo a um entendimento pré-configurado único, já não é preciso um "juiz" para julgar a causa: um funcionário qualquer é o *quantum satis* para "carimbá-la", dando-lhe a solução estampada na súmula. Melhor, talvez: basta o computador.

2 – Súmula vinculante: as propostas legislativas em curso

São duas as propostas legislativas que estão em curso no Congresso Nacional neste momento. No Senado Federal há a proposta de emenda à Constituição nº 54, de 1995, de autoria do Senador Ronaldo Cunha Lima, já aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, com o seguinte teor: "Artigo único. O § 2º do art. 102 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 102. § 2º. As decisões definitivas de mérito, sumuladas, do Supremo Tribunal Federal, se este assim o declarar, terão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo".

Em primeiro lugar, se fosse essa emenda aprovada com a redação vista, simplesmente estaria revogando o atual § 2º, do art. 102, que prevê a ação declaratória de constitucionalidade. Seria banida do ordenamento jurídico.

Certamente não iria causar muito dano, visto que até hoje praticamente não foi utilizada, mas não se sabe se essa é a verdadeira intenção da norma *in fieri*. A proposta ora sob análise menciona "decisões sumuladas", mas não exige quórum mínimo, nem sequer reiteração de decisões. Uma só decisão definitiva bastaria para ser sumulada, se o STF "assim o declarar".

A emenda contempla exclusivamente o STF, deixa fora o STJ, que passa por problemas semelhantes. O efeito vinculante (observância obrigatória da interpretação adotada) estende-se a todos os demais órgãos do Poder Judiciário. Mesmo em relação aos demais Tribunais Superiores, o que é de se estranhar, porque quem diz a última palavra sobre direito infraconstitucional (comum) são eles. Aliás, a emenda aprovada não distingue a matéria constitucional da infraconstitucional. E sabe-se que o STF julga assuntos relacionados com ambas.

O que impressiona, dentre outros aspectos, é a semelhança de sentido entre a emenda ora comentada ("súmulas com efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário") e a parte final do art. 121 da Constituição cubana, que diz: "O Tribunal Supremo... imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley". Se somente uma decisão do STF, desde que sumulada, basta para o "efeito vinculante", em nada serão distintos o texto brasileiro e o cubano.

A outra proposta de "súmula vinculante" está no art. 98 do Substitutivo do Deputado Jairo Carneiro, que tramita na Câmara dos Deputados, nestes termos:

"Art. 98. O Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do disposto no art. 107, § 2º, e os Tribunais Superiores, após decisões reiteradas da questão e mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderão editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos a sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento § 1º. A súmula vinculante terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que

acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica § 2º. A aprovação, alteração ou cancelamento da súmula poderão ocorrer de ofício ou por proposta de qualquer tribunal competente na matéria; pelo Ministério Público da União ou dos Estados; pela União, os Estados ou o Distrito Federal; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal § 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação para o Tribunal que houver editado, o qual, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso § 4º. O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções".

O incommensurável risco que a projetada "reforma do Judiciário" inspira é o do retrocesso. A criação de súmulas vinculantes, principalmente como estão desenhadas, constitui apenas um deles. O modelo brasileiro técnico-burocrático de Magistratura, único na América Latina, em lugar de avançar para o modelo Democrático e Independente, acha-se sob séria ameaça de se transformar em Judiciário empírico-primitivo, que é marcado pela falta de independência dos juizes, cooptação de magistrados (como se dá no caso da nossa Suprema Corte), rígida hierárquica, ferrenha subordinação, castração da iniciativa, etc. Há ainda muito tempo para evitar a catástrofe. Vejamos os motivos da nossa postura contrária às súmulas vinculantes.

3 – Por que recusar as súmulas vinculantes?

Desde que um lampejo de democracia sobre este país, de modo algum podemos aceitar as súmulas vinculantes, porque: a) violam o princípio da independência judicial, que deve ser entendida como independência de cada juiz, *uti singuli*, no exercício da jurisdição, seja frente a poderes externos (*ad extra*), seja frente a poderes internos (*ad intra*), particularmente superiores (CF, art. 2º); b) conflitam com o princípio da separação dos poderes (art. 2º e art. 60, § 4º, inc. III), visto que o Judiciário não pode ditar regras gerais e abstratas, com validade universal (*non exemplis sed legibus judicatum est*), falta-lhe legitimação democrática para isso; c) fazem *tabula rasa* do princípio da tipicidade das leis, assim como do juiz natural imparcial (que inexistente nos sistemas de jurisprudência superior vinculante); d) iludem o princípio do pluralismo político (art. 1º, inc. VI), que é a base de sustentação das várias interpretações válidas do mesmo texto normativo; e) ofendem o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) na medida em que retiram do juiz o que existe de essencial na atividade judicial, que é a autodeterminação (tratar o juiz como incapaz de autodeterminar-se, aniquilando sua criatividade, resulta em ofensa à sua dignidade); f) são de eficácia prática discutível, porque não podem impedir o acesso de ninguém ao Judiciário; g) e se houver esse impedimento, viola-se o art. 5º, inc. XXXV, que está protegido por cláusula pétrea.

4 – Esboço de uma proposta conciliatória

Procuramos demonstrar, nas páginas precedentes, que o tema das "súmulas vinculantes" conseguiu reunir, num só movimento coordenado, interesses múltiplos, que vão desde a legítima preocupação, sobretudo do ínclito Min. Sepúlveda Pertence, com o estrangulamento da Colenda Corte (que vem ocorrendo, sobretudo, com a multiplicação de recursos idênticos) até o nunca revelado (se bem que "prospectável") propósito de cri-

ação de uma Magistratura dócil e funcional (subordinando-a a quem detém em cada momento o domínio da nação), passando por propostas legislativas ingênuas e, por isso mesmo, tendencialmente autoritárias (Emenda do Sen. Ronaldo Cunha Lima) ou claramente despóticas e centralizadoras (como são as do Substitutivo que corre pela Câmara dos Deputados).

Que sejam necessários mais "filtros" aos recursos extraordinários (extraordinário e especial) parece-nos indiscutível. A solução, destarte, segundo nosso juízo, não é o aumento do número de juizes, porque os Tribunais Superiores devem efetivamente desempenhar o papel "unificador da jurisprudência", o que seria inalcançável caso fossem constituídos de centenas de juizes. A questão, portanto, não é a necessidade de um "Système de filtrage", senão a eleição do mais racional e do que mais se coadune com o Estado Constitucional e Democrático de Direito.

De outro lado, urge que o mecanismo, fruto de um amplo consenso, seja concretizado em Emenda Constitucional, porém, respeitando-se os limites pertinentes (formais e materiais) impostos pelo legislador constituinte originário, tais como: independência do juiz (art. 2º), separação dos poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III), dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), pluralismo político (art. 1º, inc. V), o juiz natural e imparcial (art. 5º, incs. LIII e LIV e direito internacional), o duplo grau de jurisdição (inc. LIV), o acesso ao judiciário (inc. XXXV) e o devido processo legal (LIV).

Nenhum desses limites seria observado com a pretendida súmula vinculante que, ademais, do ponto de vista prático, estaria fadada a não produzir o efeito desejado, porque, se de um lado ela vincula o juiz e os poderes públicos a um determinado entendimento jurisprudencial, de outro, não poderia chegar ao extremo de impedir o acesso ao judiciário (ao primeiro e ao segundo graus de jurisdição). As súmulas vinculantes constituem, assim, um "remédio" totalmente inadequado para suavizar o malefício que foi diagnosticado (abarroamento dos Tribunais Superiores). Violam o princípio da congruência e longe estão de servirem como veículo para a otimização na aplicação do Direito.

A reiteração de recursos idênticos, como se sabe, tem como protagonista principal o Poder Público, que instituiu no nosso país a "mora judicialmente legalizada". Em primeiro lugar, portanto, urge que ele mesmo tome as devidas providências para solucionar o angustiante problema do acesso à jurisdição superior⁽¹⁸⁾ que, emperrado como está, é empecilho para a democratização do País, que tem na efetiva e rápida tutela jurisdicional um dos seus pontos cruciais. Afora essa primeira providência, no mais, pensamos que a questão do acúmulo de processos repetitivos passa por uma solução procedimental. Urge a imposição de mais uma "trava" aos recursos extraordinários. O fundamental para o cidadão é a garantia do duplo grau de jurisdição. Esse é um direito, sobretudo no âmbito criminal, inquestionável. Ao lado da possibilidade de se recorrer aos Tribunais Superiores (de segunda instância), em hipóteses excepcionais, pode-se até viabilizar o terceiro grau, mas desde que superadas algumas barreiras. Há uma grande liberalidade, ainda, no nosso sistema, no que se relaciona com o acesso aos Tribunais Superiores. Pelo menos um novo requisito de admissibilidade desses recursos extraordinários seria aconselhável. Se algo deve ser "danificado" no nosso sistema atual para se suavizar a "crise do recurso extraordinário", que tais danos sejam os menos prejudiciais possíveis.

Considerando que se trata de uma questão tão-somente procedimental, considerando ademais a necessidade de se preservar o sistema constitucional instituído em 1988, não vemos como encontrar espaço para as tais "súmulas vinculantes", que correm o risco até de ser julgadas inconstitucionais, inclusive pelo juiz que deveria estar "vinculado"

(18) Recente Medida Provisória, como se sabe, procurou disciplinar as primeiras providências facilitando amplos acordos em relação aos débitos do Poder Público (v. O Estado de S. Paulo de 30.12.96, pág. A3).

(porque esse juiz só deve obediência à Constituição e às leis e emendas constitucionalmente "válidas"). Não se trata, assim, de se introduzir no direito nacional o *stare decisis* (imperiosa necessidade de seguimento do precedente). A independência do juiz é intangível. Mas tampouco cabe negar legitimidade a uma certa força uniformizadora da jurisprudência, em razão do princípio da igualdade, como veremos logo abaixo. Do mesmo modo como o direito da *common law* está se transformando em direito escrito (*statutes law*), da mesma maneira, também o sistema da *civil law*⁽¹⁹⁾ vem emprestando relevância ao precedente cada vez com maior intensidade. As duas grandes famílias jurídicas (anglo-norte-americana e romano-germânica) estão se aproximando a cada dia. O que comprova, mais uma vez, que a virtude está no meio.

O máximo de força coercitiva que se pode emprestar às súmulas, no sistema jurídico-constitucional pátrio, consiste em dotá-las de eficácia impeditiva de recursos repetitivos. As súmulas podem desempenhar o papel de "trava" ao recurso extraordinário. Podem impedir o conhecimento ou seguimento de um recurso ao terceiro grau de jurisdição. Sendo assim, uma primeira luz que vislumbramos, nesse sentido, está no art. 896 da CLT. Uma segunda luz foi lançada num Projeto do Grupo de Estudos da Ajuris.⁽²⁰⁾ A idéia é dar às súmulas o efeito de causa impeditiva à interposição de recursos extraordinários, quando a decisão adotou o seu enunciado. E isso não poderia acontecer, evidentemente, em todas as matérias: apenas em algumas, como direito previdenciário, econômico, acidentário, tributário, locação etc., é que poderiam servir de obstáculo à terceira instância. E desde que aprovadas por quórum qualificado. Em matéria constitucional, somente o STF poderia editá-las; em matéria infraconstitucional exclusivamente o STJ. Quando a decisão está de acordo com a súmula, tendo-se respeitado o duplo grau de jurisdição (que é direito intocável), justifica-se o impedimento, em matérias muito bem selecionadas, de recursos (sobretudo idênticos) aos Tribunais Superiores.

A primeira e insuperável vantagem do que estamos propondo é que o juiz continua com a liberdade de julgar o assunto de acordo com sua consciência e o Direito vigente. Juiz sem liberdade de autodeterminação não é juiz, é *longa manus* do Poder Central. E, para cumprir esse papel tão subserviente, não é preciso um juiz: basta um funcionário qualquer ou o computador. As súmulas podem ter relevância para a solução da "crise do recurso extraordinário", mas desde que configurem efetivas "travas" recursais. Mas para isso, devemos insistir, não é preciso aniquilar a independência do juiz. Não se pode ignorar que os juizes, por tendência, já seguem as súmulas. Já temos o *stare decisis* fático. O que não se pode é criar mecanismos de petrificação ou congelamento da jurisprudência.

Caso o juiz queira dirimir o litígio de maneira diferente, dando novas razões, não se pode impedi-lo, muito menos sob ameaça de punição severa. São autoritárias e antidemocráticas as súmulas vinculantes, particularmente quando acompanhadas, como se pretende no Substitutivo, de medidas repressivas ao "desobediente". Aliás, facultar ao juiz que decida em sentido contrário ao da súmula é até salutar, na medida em que ele, para se distanciar do precedente, terá que apresentar motivação nova. Novos argumentos, novos enfoques, novos fundamentos, que podem ser úteis inclusive para o próprio Tribunal Superior rever suas posições anteriores. Mesmo porque, não existe entendimento jurisprudencial eterno. O Direito é dinâmico por natureza. Mais ainda em países não estabilizados (nem econômica, nem democraticamente). Mesmo quem é favorável à súmula vinculante, acrescenta-se, não nega a preocupação com a estagnação do Direito. É o caso de Miguel Reale,⁽²¹⁾ que diz: "devemos nos prevenir contra o indefinido conge-

(19) V. Jesus FERNANDEZ ENTRALGO, em "La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia, obra colectiva, coord. de Antonio López Pina. Civitas, Madrid, 1991, pág. 156.

(20) V. Suplemento do Jornal da Ajuris. Edição Especial nº 3 sobre a Reforma Constitucional, jan/96.

(21) V. Folha de S. Paulo de 23.1.97, pág. 1-3.

mento delas, a despeito de exigências essenciais supervenientes em razão de mudanças operadas no plano dos valores, dos fatos e da própria ordem normativa. O "aggiornamento" das súmulas será, assim, um dever primordial dos tribunais."

Agora cabe perguntar: Como iriam os Tribunais rever as suas súmulas se os juízes de instâncias inferiores estão impedidos de decidir de maneira diferente? Como podem os Tribunais atualizá-las, a não ser pela decisão de casos concretos? Como pode-se dar o "aggiornamento" sem a apreciação concreta dos fatos novos ou dos novos enfoques da mesma norma, diante da mudança da realidade?

Depois de tudo, urge indagar ainda o seguinte: se até mesmo o país que forjou o Modelo de Magistratura mais dependente e subserviente do Ocidente (França) está neste momento revendo sua posição,⁽²²⁾ o que justificaria o retrocesso da antidemocrática Reforma Projetada? Que interesses estariam por trás do propósito de humilhar a Magistratura com sugestões tão centralizadoras e verticalizantes? Que interesse existe em transformar o único Judiciário técnico-burocrático da América Latina em Judiciário empírico-primitivo? O que explicaria o introdução no nosso país do sistema "cubano" de submissão e rígido servilismo do juiz?

Nossa proposta conciliatória,⁽²³⁾ portanto, que pretende atender ao ponderado e razoável interesse do Colendo STF, insistentemente defendido pelo Min. Pertence, sem as "peias" verticalizantes e napoleônicas do Substitutivo, consiste no acréscimo de dois novos parágrafos ao art. 102 da CF (assim como ao art. 105, *mutatis mutandis*), mais ou menos com a seguinte redação:

§ 1º Não será admitido ou não terá seguimento o recurso extraordinário interposto contra a decisão que tem como fundamento principal ou que dirimiu o conflito de acordo com Súmula do Supremo Tribunal Federal, aprovada por dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões no mesmo sentido, sobre matéria constitucional-prevenciária, acidentária, tributária e econômica.

§ 2º Não se compreende na proibição do parágrafo anterior o recurso que apresentar fundamentação jurídica razoável ainda não apreciada pelo Tribunal.

Embora tenha a decisão sido conforme à Súmula, caso o recurso apresente fundamentação nova, não enfocada ainda pelo Tribunal Superior, é inteiramente conveniente seu seguimento, para que o Tribunal enfrente o novo fundamento, mantendo sua posição anterior ou revendo-a.⁽²⁴⁾ Tudo como se dá no sistema do *stare decisis*, onde se distingue com clareza meridional a *ratio decidendi* (razões essenciais do julgamento) do *obiter dictum* (razões supérfluas, reforços de argumentação, etc.). Na proposta que acaba de ser apresentada, é evidente que a enumeração das matérias que justificam a edição de súmula impeditiva dos recursos extraordinários é apenas *numerus apertus*. Outras, com igual pertinência, podem e devem ser incluídas. Por último, foram distinguidas duas situações: numa, o recurso não será admitido; noutra, o recurso não terá seguimento. Explica-se: se já existe súmula sobre um determinado assunto, na hora do processamento do recurso, não será admitido (já pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça), quando a decisão dirimiu o conflito conforme a súmula. De outra parte, imagine-se milhares de recursos idênticos pendentes no Tribunal (já admitidos, portanto); criada uma súmula, desde que a decisão tenha sido de acordo com o seu enunciado, o recurso não terá seguimento, por decisão do relator.

(22) V. O Estado de S. Paulo de 22.1.97, pág. A15. O presidente francês, Jacques Chirac, constituiu Comissão de Alto Nível para estudar a autonomia dos juízes, mais independência da Justiça, presunção de inocência etc.

(23) Que amadureceu depois de ponderar muitas idéias do emérito constitucionalista Paulo Napoleão Nelson Nogueira da Silva.

(24) V. nesse sentido Arnoldo WALD e Ives Gandra MARTINS. O Estado de S. Paulo de 15.4.96, pág. A2.

A fundamentação do que se sugere é a seguinte:

Em primeiro lugar, ganha destaque o princípio da igualdade. E dele derivam a segurança jurídica, a celeridade e a confiança no sistema jurídico, mas nunca considerados (como gostariam os extremistas) valores absolutos, porque a ciência jurídica lida com conflitos humanos decididos por seres humanos. Na interpretação de um texto jurídico (de um enunciado), de outro lado, podem surgir várias possibilidades constitucionalmente válidas. Tudo isso distancia a ciência jurídica das ciências exatas.

O princípio da igualdade possui hoje uma dupla dimensão: "igualdade na lei" (no tratamento dado pela lei) e "igualdade na aplicação da lei" (os juízes devem decidir os litígios idênticos com conseqüências idênticas). Em virtude desse último aspecto do princípio da igualdade, vem sendo construída a segunda doutrina: "Um mesmo órgão jurisdicional não pode modificar arbitrariamente o sentido de suas decisões em casos substancialmente iguais; quando isso acontece, deve oferecer uma fundamentação suficiente e razoável".⁽²⁵⁾

Por força do princípio da igualdade, como se percebe, ganha extraordinária força o "precedente judicial". Mas não se trata de conferir-lhe força vinculante *erga omnes*, tal como se dá no sistema do *stare decisis*. O precedente tem relevância frente ao órgão jurisdicional que adotou determinada solução para o litígio. Firmada sua primeira posição, em casos idênticos, urge o mesmo tratamento, sob pena de "aplicação desigual da lei" em flagrante violação ao princípio da igualdade. Não existem cidadãos iguais sem iguais decisões judiciais para casos idênticos. Logo, no modelo democrático e independente de Magistratura, urge a construção de um princípio fundamental: o juiz está vinculado ao seu precedente. Tratando-se de decisão coletiva, o Tribunal, ou parcela dele, está vinculado ao seu precedente. Pois só observando o precedente é que se dará para situações idênticas o "mesmo" (e igual) tratamento jurídico. A relevância dessa construção é extraordinária quando se considera um Tribunal com poucos membros (STF, por exemplo). Firmado um determinado entendimento pelo seu Órgão Pleno, urge seu acolhimento em casos futuros. Cuidando-se de vinculação estrita, isto é, a obrigação de observar o precedente é do próprio juiz ou órgão coletivo que dirimiu o litígio, percebe-se que ela nada tem a ver com o que estão pretendendo criar no Brasil.

A rigor, portanto, toda e qualquer decisão firma um precedente obrigatório para o próprio juiz sentenciante. Isso deriva do princípio da igualdade, como estamos vendo. Um conjunto de decisões reiteradas no mesmo sentido pode até ensejar a criação de uma súmula. É essa que pode até ter a virtude de impedir o processamento de alguns recursos. No fundo, como se vê, dar força impeditiva recursal (extraordinária) às súmulas significa conferir tratamento jurídico idêntico para situações idênticas. Isso implica economia e celeridade: evita-se o "congestionamento" dos Tribunais Superiores com causas repetitivas, o que permite o exame de outros assuntos. Também incrementa o valor "segurança jurídica" (criando-se uma determinada expectativa), assim como a confiança no funcionamento da Justiça. Mas vinculação a precedentes "próprios" não significa submissão a precedentes "alheios".

De qualquer modo, pela própria natureza da ciência jurídica, não se pode dizer que se trata de um princípio absoluto. O que o juiz (ou o Tribunal) não pode é modificar arbitrariamente sua decisão em casos idênticos. Os fatos mudam, a sociedade, altera seus valores, o mundo evolui. As ciências acompanham a evolução do ser humano. Logo, o que se decide hoje pode não ser válido depois de algum tempo. Isso significa que o precedente judicial não é eterno. Pode sofrer variação, alteração. Mas o juiz, para se afastar do seu precedente, deve fundamentar, deve dar razões suficientes e razoáveis. Em suma, não pode modificá-lo arbitrariamente.

(25) V. Andrés OLLERO TASSARA, Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. Centro de Estudios Constitucionales. Cuadernos y Debates. n. 19. Madrid 1989, pág. 20.

No eixo dessa alterabilidade jurisdicional (que chega a se transformar em instabilidade) está evidentemente a "historicidade", que é inseparável da tarefa jurídica de fazer justiça⁽²⁶⁾. A "única lei real" é a convertida em direito vigente: não é tudo a que é "posta" em jogo (*lex data*) nem uma "proposta" alternativa (*lex ferenda*), senão o "processo" interpretativo (sempre *in fieri*). A função judicial "não é automática ou depura subsunção", senão reflexiva; não é fruto de um mero voluntarismo, senão de resoluções contrastadas pelos fatos, pelas normas e em definitivo pela Constituição. Data possibilidade de mudança nas decisões. Muda o Direito, permanecendo a lei, e ninguém deve escandalizar-se com isso.⁽²⁷⁾

Mas a mudança de orientação, urge enfatizar, deve contar com fundamentação suficiente e razoável, pois do contrário será "arbitrária". O precedente judicial, assim, por força da igualdade, passa a ser fonte do Direito. Vincula o juiz que o emitiu, desde que conte com as características da generalidade, continuidade e firmeza. Vincular o juiz ao seu precedente é obrigá-lo, como acrescenta Ollero Tassara,⁽²⁸⁾ a controlar os seus próprios posicionamentos, é torná-lo mais dono de si mesmo, o que significa aumentar também a dimensão da sua independência; porque nada arruina mais a confiança na Justiça que as aparências de arbitrariedade (independência sem controle) nos encarregados de sua realização.

Em segundo lugar, conferindo-se às súmulas a eficácia impeditiva recursal apenas no plano extraordinário (terceira instância), fica assegurado o duplo grau de jurisdição, que é intangível. Todos contam com o direito de acesso ao judiciário (art. 5º, inc. XXXV), assim como com o direito ao duplo grau de jurisdição (ampla defesa). Já, a terceira instância é excepcional. É apenas para uniformar a jurisprudência ou tratar de violação constitucional.

Em terceiro lugar, com a fórmula proposta assegura-se a independência do juiz, que não está vinculado à súmula (precedente alheio), senão aos seus próprios precedentes (como vimos). Tem a liberdade de divergir, fundamentando sua decisão. Considerando que os precedentes, nem sequer no sistema do *stare decisis*, são perpétuos, urge resguardar uma margem de divergência, que pode ser salutar para a evolução do Direito. Essa margem de divergência, ademais, deve partir de casos concretos, não de uma decisão "em tese" (desvinculada de qualquer caso concreto) a ser tomada pelo próprio órgão vinculante.

5 – Conclusões:

PRIMEIRA: A idéia de se introduzir no nosso ordenamento jurídico súmulas vinculantes (vinculação do juiz e do poder público a um entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores consagrado em um enunciado) ganhou força diante da constatação de que muitos recursos extraordinários (extraordinário e especial) são repetitivos, o que gera uma sobrecarga fora do comum e desnecessária;

SEGUNDA: Três frentes claramente delineáveis, fincadas na mesma fundamentação "aparente", mas com propósitos diferentes, estão sustentando a bandeira das súmulas vinculantes: a) alguns Ministros do STF, principalmente seu Presidente (Min. Sepúlveda Pertence), que acreditam sinceramente que elas podem resolver grande parte da "crise do Judiciário"; b) duas propostas legislativas em curso (Emenda do Sen. Ronaldo Cunha Lima, que é vaga, aberta, ingênua e tendencialmente autoritária; e Substitutivo do Dep. Jairo Carneiro, que é claramente autoritário, verticalizante, castrador e inconstitucional, porque viola a independência judicial e, ademais, exige a submissão total do juiz, sob pena de crime e perda do cargo) e c) alguns setores que possuem o domínio econômico do País (a quem interessa um Judiciário dócil, obediente e subserviente);

TERCEIRA: Nossa posição contrária às súmulas vinculantes tem fundamento no seguinte: a) violam o princípio da independência judicial, que deve ser entendida como independência de cada juiz, *uti singuli*, seja frente a poderes externos, seja frente a poderes internos, principalmente superiores (CF, art. 2º); b) conflitam com o princípio da separação dos poderes (art. 2º e art. 60, § 4º, inc. III), visto que o Judiciário não pode ditar regras gerais e abstratas, com validade universal; falta legitimação democrática para isso; c) fazem *tabula rasa* do princípio do juiz natural imparcial (que inexistiu nos sistemas de jurisprudência superior vinculante); d) iludem o princípio do pluralismo político (art. 1º, inc. V), que é a base de sustentação das várias interpretações válidas do mesmo texto normativo; e) ofendem o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), na medida em que retira do juiz o que existe de essencial na atividade judicial, que é a autodeterminação (liberdade de decisão), pois tratar o juiz como incapaz de autodeterminar-se é ofender sua dignidade; f) podem impedir o acesso ao Judiciário (violando o art. 5º, inc. XXXV) ou o duplo grau de jurisdição (com ofensa ao princípio do devido processo legal); g) são de eficácia prática muito discutível;

QUARTA: As súmulas dos Tribunais Superiores, desde que aprovadas por quórum qualificado, no máximo, podem exercer o papel de "filtro" (requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários); daí nossa proposta, no sentido de que, quando a decisão recorrida (de segundo grau) dirimiu o conflito com base numa dessas súmulas (editadas em assuntos limitados: tributários, econômicos, previdenciários etc.), não cabe recurso extraordinário ou especial;

QUINTA: A proposta, que possui o ambicioso propósito de harmonizar todos os valores em jogo, concilia-os conforme o modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, conserva a liberdade do juiz de julgar o caso conforme sua consciência e o Direito, preserva sua independência e imparcialidade, evita o "congelamento" da jurisprudência, afasta o autoritarismo de se obrigar o juiz inferior a seguir servilmente o precedente alheio, confere relevância ímpar ao princípio da igualdade (que é fonte de legitimação, economia, celeridade, estabilidade, segurança jurídica e confiança na Justiça), impede o seguimento de recursos repetitivos em assuntos idênticos, contribui para o "descongestionamento" dos Tribunais Superiores, não quebra a tradição do nosso direito (*civil law*), atende ao princípio do duplo grau de jurisdição, aproxima salutarmente nosso sistema jurídico do *stare decisis* (*rule of precedent*), até onde a Constituição brasileira, e especialmente o princípio da igualdade, permite e aconselha, e, sobretudo, impede a verticalização do Judiciário brasileiro que, ao lado de Cuba (cfr. sua CF, art. 121), seriam os dois únicos países latino-americanos em que a Jurisprudência Superior passaria a ser "instrucciones de carácter obligatorio", tudo em nome de "una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley".

(26) V. OLLERO TRASSARA, "Igualdade en la aplicación de la ley", cit., pág. 31

(27) V. OLLERO TASSAR, "Igualdad en la aplicación de la ley", cit., pág. 34

(28) Igualdad en la aplicación de la ley, cit., pág. 84